

Verkündet
am 16. April 1953
lett, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Willy M [REDACTED], H [REDACTED], Mö [REDACTED],
Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Wilhelm F [REDACTED], Mü [REDACTED] - A, A [REDACTED]
P [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 9. April 1953 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Schmidt und der Bundesrichter
Ascher, Raske, Dr. Kregel und Scheffler

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das am 13. Mai 1952
verkündete Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen
Oberlandesgerichts in Hamburg wird auf Kosten des
Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger führte im Oktober 1949 mit Vertretern der Stadt L[REDACTED] Verhandlungen über die Errichtung einer internationalen Spielbank in L[REDACTED]. Er richtete am 31. Oktober 1949 an den Bürgermeister der Stadt L[REDACTED] ein Gesuch um Erteilung einer Konzession. Der Oberbürgermeister erwiderte ihm darauf am 15. November 1949 folgendes:

"Auf Ihren Antrag vom 31. Oktober teilt Ihnen die Stadtverwaltung mit, daß Ihnen auf Grund einer Ermächtigung des Kreispräsidenten vom 15. November 1949 die Konzession für die von der in Gründung befindlichen Wilhelm F[REDACTED] KG zu errichtende Spielbank erteilt wird."

Der Kläger setzte sich darauf mit dem Bankhaus S[REDACTED] & Co in Mü[REDACTED] in Verbindung, das ihm den Beklagten als Interessenten zuführte. Dem Kläger war von der Stadt L[REDACTED] eine Frist bis zum Sonnabend, den 17. Dezember 1949, für den Nachweis gesetzt, daß er das notwendige Kapital unwiderruflich besitze. Am 16. Dezember 1949 fand zwischen dem Kläger und Joachim B[REDACTED] als Beauftragten des Beklagten sowie weiteren Beteiligten eine Besprechung im Bankhaus S[REDACTED] & Co in Mü[REDACTED] statt. Die Besprechung ergab die Absicht, eine Kommanditgesellschaft mit einer Kapitaleinlage von 500 000,-- DM zu gründen. Die Kommanditgesellschaft sollte die Grundlage für die geplante Spielbank bilden. Von den 500 000,-- DM sollte der Kläger 200 000,-- DM und der Beklagte 300 000,-- DM übernehmen. Im Innenverhältnis der Parteien war vorgesehen, daß der Beklagte dem Kläger dessen Anteil von 200 000,-- DM zur Verfügung stellen sollte. Über die Besprechung

- 3 -

wurde eine Notiz angefertigt, die über diese Verpflichtung folgendes enthält:

"Die Gruppe H [REDACTED] stellt Herrn F [REDACTED] für die Finanzierung seiner Anteile einen Kredit von DM 200.000.-- gegen bankübliche Verzinsung mit der Maßgabe zur Verfügung, daß mindestens jährlich DM 50.000.-- zur Rückzahlung kommen."

E [REDACTED] reiste sogleich nach der Besprechung nach H [REDACTED] zurück. Er sollte bis zum Sonntag, den 18. Dezember 1949 mittags, dem Kläger mitteilen, ob der Beklagte die im Protokoll niedergelegten Bedingungen annehme. Be [REDACTED] rief auch am Sonntag innerhalb der festgesetzten Frist bei dem Schwager des Klägers, Ha [REDACTED], an. Nach der Behauptung des Klägers hat B [REDACTED] hierbei die Annahme des Vertrages auf Grund der Aktennotiz vom 16. Dezember 1949 erklärt.

Am 29. Dezember 1949 wurden in Lindau drei Verträge geschlossen, einmal der Vertrag, durch den die "Bodensee-Kasino Wilhelm F [REDACTED] GmbH" gegründet wurde. Dieser Vertrag wurde notariell abgeschlossen. Zweitens wurde - nicht notariell - der Gesellschaftsvertrag über die "Bo [REDACTED]-Kasino Wilhelm F [REDACTED] & Co KG" geschlossen und drittens wurde zwischen dieser Kommanditgesellschaft und der Stadt L [REDACTED] ein Vertrag über die Spielbank geschlossen, der am folgenden Tage vom Stadtrat genehmigt wurde. In diesem Verträge hieß es u. a.:

"§ 5: Die Gesellschaft verpflichtet sich, den Nachweis zu erbringen, daß sie bis zum 15. Januar 1950 über das zur Errichtung der Spielbank erforderliche Kapital von 300.000.-- DM und bis zum 15. März 1950 über das zum Spielbetrieb erforderliche Kapital von 300.000.-- DM, insgesamt also über ein Kapital von 600.000.-- DM, verfüge."



§ 6: Die Gesellschaft verpflichtet sich, bis zum 15. Januar 1950 einen Betrag von 100.000,-- DM als Kautionssumme an die Stadt L[REDACTED] zu zahlen. Dieser Betrag stellt eine Vorauszahlung auf die Spielbankabgaben nach § 8 dieses Vertrages dar. Der vorausgezahlte Betrag wird von der täglich zu leistenden Abgabe in Höhe von 20 v.H. abgesetzt. Hat also die Spielbankabgabe nach § 8 die Summe von 500.000,-- DM erreicht, ist die vorstehende Kautionssumme voll zurückgezahlt."

Am 9. Januar 1950 trafen sich die Parteien persönlich in L[REDACTED] und besprachen Einzelheiten der Durchführung der Verträge. Gleichzeitig bestätigte der Beklagte in einer notariell beglaubigten Urkunde die Erteilung der Vollmacht zum Abschluss des GmbH-Vertrages an B[REDACTED].

Bis zum festgesetzten Zeitpunkt, also dem 15. Januar 1950, erfüllte lediglich der Mitgesellschafter Dr. K[REDACTED] die auf ihn nach seiner Einlage entfallende Verpflichtung gegenüber der Kommanditgesellschaft.

Mit einem Telegramm vom 25. Januar 1950 setzte darauf die Stadt L[REDACTED] dem Kläger eine Nachfrist bis zum 27. Januar 1950, 18 Uhr, zur Erfüllung der Verpflichtungen hinsichtlich seiner Einlage. Eine entsprechende Nachfrist setzte sie dem Beklagten. Dieser bat durch Schreiben vom 28. Januar 1950 um Fristverlängerung bis zum 4. Februar 1950. Die Stadt L[REDACTED] bewilligte eine Nachfrist bis zum 6. Februar 1950, 17 Uhr. Nachdem innerhalb dieser Frist keine Zahlung durch den Beklagten erfolgt war, trat die Stadt L[REDACTED] von dem mit der Kommanditgesellschaft geschlossenen Vertrag zurück. Sie stellte durch Schreiben vom 7. Februar 1950 gegenüber dem Kläger und dem Beklagten fest, daß der Vertrag infolge Nichterfüllung der in ihm vorgesehenen

Verbindlichkeiten den beiden Parteien gegenüber rechtsunwirksam geworden sei. Der Beklagte zahlte am 6. Februar 1950 die auf ihn und den Kläger entfallenden GmbH-Stammanteile im Betrage von zusammen 25.000,-- DM (hiervon 7.000,-- DM für den Kläger) ein. Als der Kläger die Stadtverwaltung L. nochmals darauf hinwies, daß im Innenverhältnis der Beklagte verpflichtet gewesen sei, die Verpflichtungen aus den §§ 5 und 6 des mit der Stadt L. geschlossenen Vertrages zu erfüllen, erwiderte die Stadt durch Schreiben vom 13. Februar 1950, daß der Vertrag unwirksam geworden sei und daß die internen Verpflichtungen der Parteien sie, die Stadt, nicht berührten.

Hierauf schloss der Beklagte mit Dr. K. einen neuen Gesellschaftsvertrag. Mit der hierdurch neu gegründeten Kommanditgesellschaft schloss die Stadt L. einen Spielbankvertrag. An der neuen Gesellschaft sind der Beklagte und Dr. K. mit je 250.000,-- DM beteiligt. Der Beklagte hat den Kläger mit 50.000,-- DM an seinem Geschäftsanteil unterbeteiligt. Er hat dieses Abkommen später angefochten und auch gekündigt.

Der Kläger behauptet, der Beklagte habe ihm durch die Nichterfüllung seiner Verpflichtung aus dem am 18. Dezember 1949 zustande gekommenen Vertrag erheblichen Schaden zugefügt. Diesen Schaden, der noch in der Entwicklung begriffen sei, könne er zur Zeit nicht übersehen. Seine Schadensersatzansprüche habe der Beklagte anerkannt. Er hat beantragt, festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, ihm den Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden sei, daß die Stadt L. von dem Vertrage zurückgetreten sei. Der Beklagte hat bestritten, daß Berger durch sein Telefon-

gespräch vom 18. Dezember 1949 ein Vertragsangebot angenommen habe. Bei der Notiz vom 16. Dezember 1949 habe es sich überhaupt nicht um ein Vertragsangebot gehandelt, Berger habe auch zum Abschluss eines solchen Vertrages keine Vollmacht gehabt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Hanseatische Oberlandesgericht in Hamburg hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß nach der Notiz vom 16. Dezember 1949 eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung habe gegründet werden sollen, die Komplementär einer zu errichtenden Kommanditgesellschaft werden sollte. Da ein Vorvertrag zur Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ebenso wie der Gesellschaftsvertrag selbst der notariellen Beurkundung bedürfe, habe durch eine formlose Vereinbarung keine Verpflichtung des Beklagten begründet werden können, bei der Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mitzuwirken. Die Notiz vom 16. Dezember 1949 entbehre auch ihrem Inhalt nach der für einen Gründungsvorvertrag erforderlichen Bestimmtheit: Firma, Stammkapital, Beteiligungsverhältnis und sogar die Gesellschafter seien offen geblieben. Es fehle daher an dem zu ihrer Rechtswirksamkeit erforderlichen Mindestinhalt, der eine richterliche Festsetzung des GmbH-Vertrages gestattet hätte. Da die Gesellschaft mit beschränkter Haftung Komplementär einer ebenfalls erst zu errichtenden

Kommanditgesellschaft habe werden sollen, könne ohne wirksame Vereinbarung hinsichtlich der Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch die Abrede über die Errichtung einer Kommanditgesellschaft keine Wirkung haben. Wegen des untrennbaren Zusammenhangs der Abreden über die Kommanditgesellschaft mit denen über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung hätten die gesamten Abreden der notariellen Form bedurft. Auch seien die Abreden über die Kommanditgesellschaft inhaltlich völlig unbestimmt gewesen, insbesondere hinsichtlich der Teilnehmer der H [REDACTED] Gruppe, der Einzelheiten des Gesellschaftsvertrages und der Einlagen der einzelnen H [REDACTED] Beteiligten; es sei daher auch aus diesem Grund die Vereinbarung über die Kommanditgesellschaft nichtig. Mangels rechtsgültiger Vereinbarung über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und über die Kommanditgesellschaft sei auch die Abrede, dem Kläger einen Kredit von 200.000,-- DM zur Verfügung zu stellen, gemäß § 139 BGB nichtig.

Diese Ausführungen sind rechtsirrig. Zwar waren die Absprachen über die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und einer Kommanditgesellschaft mangels der erforderlichen Form und mangels hinreichender Bestimmtheit ohne verbindliche Kraft. Keine der Parteien hatte jedoch in den Vorinstanzen behauptet, die Beteiligten hätten eine bindende Vereinbarung hinsichtlich später abzuschliessender Gesellschaftsverträge abschließen wollen. Auch jetzt noch trägt der Beklagte vor, daß die Gesellschaftsverträge nur "in Aussicht genommen" gewesen seien, und es heißt dementsprechend im Tatbestand des Berufungsurteils, es habe sich bei der Besprechung vom

16. Dezember 1949 "die Absicht" ergeben, eine Kommanditgesellschaft zu gründen. Zweifelsfrei ist also das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die Notiz vom 16. Dezember 1949 zwar ein Angebot auf Abschluß eines Kreditvertrages, nicht aber ein Angebot auf Abschluß von Gesellschaftsvorverträgen enthalte, daß also der durch die Annahme dieses Angebots zustandegekommene Vertrag nichts als ein Kreditvertrag gewesen sei. Damit erweisen sich die auf der Formbedürftigkeit von Gesellschaftsvorverträgen beruhenden Ausführungen der Revision als gegenstandslos. Andererseits kann sich die Revision nicht mit Erfolg darauf berufen, daß die Gesellschaftsgründungen nur in Aussicht genommen worden seien. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dies der Auslegung des Berufungsgerichts entgegenstehen sollte; eine Kreditzusage kann auch mit der Einschränkung erfolgen, daß sie nur für einen bestimmten Fall, hier für den Fall des Zustandekommens der Verträge gelten soll.

II. Aus diesem Grunde kann auch der weitere Hinweis der Revisionsbegründung, die Spielbank habe der Erlaubnis nach § 1 des Gesetzes über die Zulassung öffentlicher Spielbanken vom 14. Juli 1933 bedurft und diese Erlaubnis habe am 16. Dezember 1949 noch nicht vorgelegen, keinen Erfolg haben.

III. Rechtsirrig ist weiter die Meinung der Revision, der Beklagte könne auch deswegen nicht an seiner Zusage festgehalten werden, weil die in der Notiz vom 16. Dezember 1949 vorgesehenen Gesellschaftsgründungen nur mit wesentlichen Änderungen durchgeführt worden seien. Da - wie die Revision an anderer Stelle

selbst vorbringt - die in Aussicht genommenen Gesellschaftsverträge ihrem Inhalt nach ganz unbestimmt waren, konnten auch etwa später von den beabsichtigten Einzelheiten abweichende Vereinbarungen in den Gesellschaftsverträgen die Verpflichtungswirkung der Zusage nicht berühren. Der Beklagte übersieht, daß er die Möglichkeit hatte, Abänderungsvorschlägen entgegenzutreten und den Abschluss der Verträge abzulehnen, falls sie ihm nicht zusagten. Da er aber die Verträge gebilligt hat, ist er trotz der vorgenommenen Änderungen nach wie vor an seine Zusage gebunden.

IV. Unerheblich ist das Vorbringen der Revision, der Beklagte habe weder den Vertrag betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung genehmigt noch den Kommanditgesellschaftsvertrag unterschrieben. Entscheidend ist allein, daß der Beklagte - vertreten durch den Zeugen B. - beide Verträge geschlossen hat. Dies ist im Tatbestand des Berufungsurteils festgestellt.

V. Bei seinen tatsächlichen Feststellungen hat das Berufungsgericht auch nicht gegen § 286 ZPO verstossen.

Die Revision rügt hier zunächst, das Berufungsgericht habe verkannt, daß es bis zum endgültigen Zustandekommen der ganzen Spielbankvereinbarungen noch umfangreicher weiterer Verhandlungen und endgültiger Formulierungen bedurft habe. Wie schon oben dargelegt worden ist, schliesst dies die Auslegung des Berufungsgerichts, es sei eine bindende Zusage erfolgt, nicht aus.

Die weiteren Rügen der Revision richten sich gegen die tatsächliche Würdigung des Berufungsgerichts. Diese unterliegt einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht nicht. Daß das Berufungsgericht Erfahrungssätze verletzt habe, ist nicht ersichtlich. Ob ein Erfahrungssatz des Inhalts, daß niemand einer ihm unbekannten Person einen ungesicherten Kredit von 200.000,-- DM telefonisch verbindlich zusagen werde, besteht, kann dahingestellt bleiben; denn das Berufungsgericht hat in dieser Richtung bestehende Bedenken mit dem Hinweis darauf ausgeräumt, daß der Beklagte eine sehr hohe Gewinnchance gehabt habe. Diese Würdigung liegt auf tatsächlichem Gebiet. Die Revision übersieht auch, daß der vom Beklagten zugesagte Betrag nicht an den Kläger, sondern an das zu gründende Unternehmen gehen sollte, auf das der Beklagte Einfluß haben sollte. Das Risiko lag also im Unternehmen, nicht in der Person des Klägers. Lediglich gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts richten sich auch die Ausführungen der Revisionsbegründung, die sich mit der Aussage des Zeugen Ha[REDACTED] befassen. Daß das Berufungsgericht das persönliche und verwandtschaftliche Interesse des Zeugen Ha[REDACTED] verkannt und das Vorbringen des Beklagten gegen die Persönlichkeit dieses Zeugen übersehen habe, ist nicht ersichtlich. Die Revision rügt hierzu, das Berufungsgericht habe seine Fragepflicht gemäß § 139 ZPO dahin ausüben müssen, daß es dem Beklagten die Benennung des Zeugen Ba[REDACTED] nahelegte. Die Rüge ist nicht begründet; sie könnte nur dann Erfolg haben, wenn das Berufungsgericht hätte erkennen müssen, daß der Beklagte diesen Zeugen nur versehentlich nicht benannt hat. Dies ist nicht der Fall. Daß das

Berufungsgericht bei der Würdigung der Aussage des Notars J. [REDACTED] davon ausgegangen ist, der Zeuge sei in seiner Aufmerksamkeit wegen eines Trauerfalles "gewiss beeinträchtigt" gewesen, stellt keinen Verfahrensverstoß dar. Ersichtlich hat das Berufungsgericht nur die Möglichkeit in Rechnung gestellt, daß der Trauerfall sich auf die Aufnahmefähigkeit des Zeugen ausgewirkt habe. Auch die Angriffe gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, die Vollmacht des Zeugen B. [REDACTED] sei erwiesen, sind unbegründet. Auch hier handelt es sich nur um Angriffe gegen die auf tatsächlichem Gebiet liegende Beweiswürdigung.

Da auch sonstige Rechtsverstöße des Berufungsgerichts nicht festzustellen sind, war die Revision zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Schmidt Ascher Raske Kregel Scheffler